

Responsabilidad de los administradores e insolvencia societaria. Reflexiones sobre la infracapitalización en el Derecho argentino

Liability of directors and corporate insolvency. Reflections on the undercapitalization in Argentine law

por

MAURICIO BORETTO*

RESUMEN: Para ser pasibles de responsabilidad por la «infracapitalización» societaria, tanto los administradores como los socios, deberán haber ejecutado una conducta antijurídica culpable o dolosa que —de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas (relación de causalidad adecuada)— haya provocado en el ente social una situación de infracapitalización que dañe a los acreedores sociales o a la sociedad misma. Dicha responsabilidad por la infracapitalización será informada por los principios del Código Civil, sin perjuicio de lo cual habrá que tener en cuenta las particularidades «societarias» o «concursales» del caso.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Socio Estudio Jurídico «Asesores Cuyo». Profesor de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. mboretto@asesorescuyo.com.ar

ABSTRACT: *Managers and partners to be responsible must have performed an unlawful guilty or willful misconduct that —according to the natural and ordinary course of things (causal relationship)— has resulted in a situation of commercial company that damages undercapitalization creditors of the company or society itself. The undercapitalization liability shall be informed by the principles of the Civil Code notwithstanding which should take into account the peculiarities of the «corporate law» or «bankruptcy law».*

PALABRAS CLAVES: Sociedades comerciales. Infracapitalización. Responsabilidad civil de los administradores y socios. Presupuestos de la responsabilidad civil.

KEY WORDS: *Commercial Companies. Undercapitalization. Liability of directors and partners. Estimates of liability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INFRACAPITALIZACIÓN: CONCEPTO. PRELIMINARES.—III. «CLASES» DE INFRACAPITALIZACIÓN: 1. SEGÚN EL MOMENTO EN QUE LA INFRACAPITALIZACIÓN SE PRODUCE. 2. SEGÚN LA PELIGROSIDAD DE LA INFRACAPITALIZACIÓN.—IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA: 1. ¿QUIÉN RESPONDE POR LA INFRACAPITALIZACIÓN? 2. ¿QUÉ GRADO DE SUBCAPITALIZACIÓN GENERA LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y, PARALELAMENTE, CUÁNDO EMPIEZA A ASOMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES? A. *La situación de los administradores sociales.* B. *La situación de los socios.* C. *¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?* D. *¿Ante quién/es deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?:* a) Caso en que los administradores son demandados. E. *¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil y los presupuestos del deber de resarcir el daño causado del Derecho común ante la reparación de los daños causados por la infracapitalización provocada por los administradores y/o socios?:* a) Preliminares. b) Argumentos en pro y en contra de la autonomía del régimen societario de reparación de los daños causados ante una situación de infracapitalización societaria. c) ¿Cuál es la importancia práctica de determinar si la ley 19.550 consagra un régimen específico de responsabilidad por daños, o bien, si es un capítulo más del régimen común u ordinario del Código Civil?

I. INTRODUCCIÓN

Inicialmente, el *capital social* se forma con los *aportes* de los socios y debe ser adecuado al objeto que la sociedad pretenda desarrollar¹. Se pretende

un equilibrio entre el capital que se asigna y las actividades que desarrolle la sociedad.

Como contrapeso por el excepcional beneficio de exclusión de la responsabilidad patrimonial personal de los socios, se reclama que el capital social sea adecuado a las actividades que la empresa realiza y que sea mantenido durante toda la vida societaria, so pena de frustrar los derechos de terceros contratantes a quienes pretende proteger el instituto. Asimismo, esta dimensión del capital social y su real adecuación al objeto societario como su necesario mantenimiento, rescata en gran parte no solo la función de garantía en relación a terceros, sino además la función de productividad que igualmente se le ha asignado². El capital debe apuntar también a otorgar los medios instrumentales suficientes para el desarrollo del objeto social, agregándose por ello la función empresarial del mismo como el sustento de fondos propios para financiar la infraestructura social³.

Sin vulnerar la libertad negocial de los socios y de la propia sociedad, el objetivo del legislador de la ley 19.550 es que la cifra del capital represente la realidad necesaria para el desarrollo de la actividad del ente y que no sea una «cortina de humo» de modo que, frente a daños sufridos por terceros, en el patrimonio social exista por lo menos lo que aquella representa, o bien, se disparen los remedios previstos para los casos de infracapitalización.

Recordemos que el capital social está constituido por el *conjunto de los aportes de los socios integrados en el acto constitutivo*. Por eso, en principio, el capital social es *fijo e invariable*, salvo las modificaciones dispuestas por los socios en virtud de resoluciones sociales de aumento o reducción.

Para la mejor comprensión del concepto de capital social cabe contraponerlo a la definición de patrimonio social.

El *patrimonio de la sociedad*, cuyo monto puede coincidir con el del capital social en el momento de la constitución de la sociedad, es esencialmente variable pues el patrimonio social va cambiando y modificándose permanente y automáticamente por el giro ordinario de los negocios.

En otras palabras, en el momento de la constitución de la sociedad, el patrimonio se corresponde con la cifra numérica (cifra nominal del capital social) representativa de los aportes de los socios; pero una vez iniciada la gestión de la empresa, mientras el patrimonio varía según la suerte de los negocios, el capital permanecerá invariable, convirtiéndose así en una cifra nominal que implica jurídicamente un compromiso para la sociedad en cuanto a mantener la equivalencia entre dicha cifra y el patrimonio.

En efecto, el capital como cifra nominal constituye un «tope» o «techo», desde que los socios solo pueden repartirse utilidades cuando se supera ese techo. Cuando el activo patrimonial supera la cifra de capital existen «ganancias» que pueden distribuirse; caso contrario, no podrá haber reparto de utilidades e, incluso, no puede haberlo respecto de eventuales utilidades de un ejercicio sin antes compensar las pérdidas de ejercicios anteriores.

De este modo, el capital social es una cifra que brinda una utilidad intra-societaria pues, de un lado constituye la delimitación de los derechos y obligaciones de los socios y, del otro, conforma el patrimonio útil para la actividad. Es un parámetro para medir matemáticamente la participación de cada socio en la sociedad.

El capital presta, a la vez, un servicio extra societario cual es de conformar una cifra de retención que constituye una garantía para los terceros que contratan o sufren daños por el accionar de la sociedad. Es decir, el capital procura que el patrimonio no descienda por debajo de su nivel y *constituye así un compromiso de patrimonialización mínima que los socios y los administradores sociales asumen frente a los terceros como contracara de la limitación de la responsabilidad*.

La ley societaria está plagada de normas que abonan este razonamiento y que protegen el capital o disparan consecuencias gravosas para socios o administradores cuando el mentado límite patrimonial es perforado.

Como puede apreciarse, el capital social es una elaboración técnico-jurídica cuya principal finalidad reside en la protección del interés de los acreedores.

Bien se ha dicho, entonces, que si el patrimonio es la garantía directa de los acreedores sociales (ya que los bienes que lo integran serán destinados a satisfacer las deudas de la sociedad en caso de que esta no cumpla con sus obligaciones), el capital es la garantía indirecta, al impedir el reparto de utilidades sin antes compensar las pérdidas (que en definitiva son deudas sociales correspondientes a ejercicios económicos anteriores).

La externalización de costos que es propio de todo ente con responsabilidad limitada es aceptable en la medida que se brinden mínimos resguardos, estos consisten en el compromiso de los socios —y también los administradores— expresado en el capital de que la sociedad al menos contará con un patrimonio equivalente a dicha suma.

Prueba de cuanto decimos respecto a la importancia del capital social es que la propia ley manda a la policía societaria a controlar con especial énfasis las cuestiones relacionadas con el capital de las sociedades sujetas a su control (art. 300 LSC) y, esto, no es casual sino que responde a la temprana advertencia que el legislador hizo sobre la relevancia de estas cuestiones por encima de otras. Repárese que el control estatal sobre el capital se aplica aún a aquellas sociedades cuyo capital no alcanza los montos que se fijan conforme el artículo 299 de la ley 19.550.

Por todo lo expuesto, se recalca sin inconveniente en la importancia del principio de «intangibilidad del capital social» que —en miras a la protección de terceros— informa la ley 19.550, que impone recaudos para su aumento o reducción (arts. 186-206).

II. LA INFRACAPITALIZACIÓN: CONCEPTO. PRELIMINARES

La infracapitalización ha sido definida modernamente «(...) como aquel fenómeno que se produce cuando la sociedad entre en un 'estado' patrimonial consistente en la manifiesta incongruencia del conjunto de los medios propios de esta (entendiendo por tales al capital de riesgo) en relación con las actividades efectivamente desarrolladas por dicha sociedad (...)»⁴.

Este concepto tiene la particularidad de mostrar a la infracapitalización como un *estado* de la sociedad —y, por lo tanto, dotado de cierta permanencia— caracterizado por el «quiebre relevante» de la relación de equilibrio que debe existir entre el capital de riesgo de la entidad y la actividad efectivamente desplegada por esta⁵.

En este sentido, se ha aclarado que la relación de adecuación o equilibrio debe establecerse tomando como base «el conjunto de los medios propios de la sociedad» y no únicamente el capital social, comprendiéndose:

- i) Las distintas cuentas del patrimonio neto de la sociedad (el capital social, sus eventuales ajustes, los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, las reservas legales, especiales y facultativas y, en caso de existir, las utilidades no distribuidas).
- ii) Todo tipo de fondos que ingresen a la sociedad incluso si estos ingresaran a su pasivo, siempre y cuando la finalidad de dicho desembolso sea la de dotar a la sociedad de capital de riesgo (ej., préstamos otorgados a la sociedad por los socios o terceros en condiciones semejantes a las de un aporte de capital, reconociéndose como tales a aquellos que se otorgan sin interés; o aquellos respecto de los cuales no se establece fecha de devolución siendo en los hechos una obligación «a mejor fortuna», etc.).

En suma, para concluir si la sociedad está infracapitalizada no solo hay que ponderar el monto del capital social, sino el conjunto de bienes propios o capital de riesgo⁶.

Sin embargo, para determinar los contornos de la infracapitalización, no todo termina allí pues el «quiebre» del cual nos venimos haciendo eco, se traduce en una *transferencia* de los riesgos propios del negocio jurídico societario a *terceros*⁷ en forma «*contraria a los fines que la ley 19.550 tuvo en mira al reconocerlo o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*» (arg. art. 1071 Código Civil); provocado ello por:

- i) el incumplimiento por parte de los socios con responsabilidad limitada⁸ de las obligaciones inherentes a su estado (arts., 37, 54, 96, 187, 188, 203, 204, 205 y 206 de ley 19.550, entre otras disposiciones), o bien,

- ii) por el incumplimiento de los administradores por su actuación contraria al cartabón del «buen hombre de negocios» (arg. arts. 59 y 274, ley 19.550).

En esta misma línea argumental, y para mejor comprensión de cuanto decimos respecto de la responsabilidad hacia terceros (y a la propia sociedad) de los socios y administradores en relación a la infracapitalización de la entidad que integran y/o administran, cabe recordar lo señalado por calificada doctrina⁹ en el sentido de que «(...) la pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes. Se trata de las causales de inmediato conocimiento que actúan de pleno derecho, generando la responsabilidad prevista por el artículo 99 LSC para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el artículo 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: 'En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si las socios acuerdan el reintegro total o parcial del mismo o su aumento'. Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social. La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida de capital social, proceden a presentar en concurso preventivo sin haber seguido aquel procedimiento (...)».

III. «CLASES» DE INFRACAPITALIZACIÓN

Podemos clasificar a la infracapitalización según distintos criterios.

1. SEGÚN EL MOMENTO EN QUE LA INFRACAPITALIZACIÓN SE PRODUCE

En función de este parámetro, la infracapitalización puede existir al *momento de la constitución de la sociedad*, en cuyo caso la llamamos *originaria*. Por el contrario, si la infracapitalización ocurre durante *la vida societaria* se la conoce como *derivada* o *sobreviniente*.

En la *infracapitalización originaria* adquieren relevancia dos aspectos.

Por un lado, el cumplimiento de los capitales mínimos exigidos por ley (es el caso de la sociedad anónima, por ejemplo, art. 186, ley 19.550). Por el otro, que el capital adoptado sea suficiente para el cumplimiento del objeto social propuesto, máxime si se tiene presente la índole de actividades que pueda comprender aquel. Ambos aspectos están bajo el control de las Policías societarias de cada jurisdicción.

Ya vimos como ejemplo —del segundo aspecto de los mencionados— lo regulado por la resolución número 2007 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza de 14 de octubre de 2009 en virtud de la cual, su Director, hizo saber que: «*la Dirección de Personas Jurídicas evaluará en cada sociedad la proporcionalidad entre el capital propuesto y el objeto que pretende desarrollarse*».

Desde esta óptica también, esto es, si la autoridad de contralor tiene facultades para *negar la inscripción de una sociedad o requerir su adecuación por considerar que el capital social no es congruente con el objeto o con las actividades que efectivamente va a desarrollar el ente*, plantea asimismo una interesante discusión en doctrina.

En efecto, cabe indagar:

- i) si el hecho de que se le reconozcan estas potestades de controlar al registrador lesiona la libertad negocial de las partes (arts. 14 y 17, Constitución Nacional), o bien,
- ii) en atención a la protección de terceros que pueden hallarse frente a una sociedad carente de bienes para responder por los daños que esta ha causado, si dichas facultades encuentran plena justificación pues la Policía societaria es quien debe velar por que la cifra que representa el capital sea la necesaria para el desarrollo de la actividad de la entidad y que no sea un mero «símbolo» de modo que —frente a daños sufridos por terceros— existan bienes suficientes en el patrimonio social que respalden la cifra del capital que ella representa o, en su caso, se disparen los remedios resarcitorios o sancionatorios por la infracapitalización.

La Provincia de Mendoza parece inclinarse por esta última postura en cuanto a la valoración de las potestades de la autoridad de control.

Finalmente, si la infracapitalización es derivada la sociedad —capitalizada inicialmente— puede perder dicha condición a lo largo de su vida por la falta de equilibrio entre el capital de riesgo y el volumen de negocios desarrollados por aquella. En estas condiciones, la sociedad —tarde o temprano— puede caer en insolvencia.

2. SEGÚN LA PELIGROSIDAD DE LA INFRACAPITALIZACIÓN

Desde este punto de vista, podemos distinguir la infracapitalización *material* o *nominal*.

En ambos casos, la sociedad carece de los medios necesarios y adecuados para cumplir el objeto social y, por lo tanto, para desplegar la actividad que el ente desarrolla¹⁰.

Sin embargo, en la infracapitalización *material* la sociedad carece de manera *absoluta*¹¹ de los medios adecuados para la consecución del objeto social. Los terceros que se vinculen con una sociedad infracapitalizada *materialmente* se encuentran, por lo tanto, ante el peligro *actual* de no ver satisfechas sus acreencias por carencia de bienes y/o fondos sociales suficientes para atender el volumen de actividades y negocios sociales desarrollados por el ente societario. Por lo demás, ante este escenario y con visos de permanencia, el riesgo de la «insolvencia societaria» está latente.

En la llamada subcapitalización *nominal*, si bien la sociedad no cuenta con un capital adecuado, los *socios o terceros proveen los medios necesarios* para el desarrollo de la actividad empresarial. No obstante, los fondos inyectados no lo son a través de la clásica figura de la *suscripción del capital* sino mediante préstamos (propios o de terceros garantizados) o a través de la constitución de reservas distintas de las legales (se encuentran en el patrimonio social como «préstamos de los socios o terceros» o «reservas sociales» o como «aportes irrevocables»). En este caso, existe un peligro *potencial* con respecto a los terceros de que estos vean insatisfechas sus acreencias pues, si bien la sociedad cuenta «prima facie» con fondos, como los mismos no responden a «aportes de capital», son fácilmente disponibles¹² por los socios o los terceros garantizados (que prestaron dinero o hicieron los «aportes irrevocables», por ej.); encubriéndose, de esta manera, la situación societaria de subcapitalización¹³.

Por ello, si bien la infracapitalización *material* se presenta como más grave en tanto la sociedad se encuentra imposibilitada materialmente para desarrollar sus actividades; no debe desmerecerse la importancia de la subcapitalización nominal o formal, por cuanto una sociedad dotada patrimonialmente puede —en cualquier momento ante la falta de rentabilidad gradual de la empresa— dejar de serlo mediante la sistemática distribución de ciertas reservas, o mediante la restitución de los aportes irrevocables, o de otros préstamos conferidos por los socios a la sociedad¹⁴.

De manera similar se ha dicho con respecto a esta temática que: «(...) *Dentro del tema hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal (formal) y material (substancial). Esta última se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, nos hallamos ante un caso de infracapitalización nominal cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Es necesario separar ambos supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica de*

la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios, la infracapitalización nominal requiere más bien la recalificación por parte de la Ley o de los Tribunales, de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondos o capital propios (...)»¹⁵.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

El fenómeno de la infracapitalización societaria —una vez instalado en el seno de la sociedad— plantea diversos interrogantes:

- ¿A quién se debe responsabilizar por tal cuestión?
 - ¿A los socios por el solo hecho que la sociedad se encuentre infracapitalizada, o porque sustituyan los aportes con prestaciones que no ingresen al capital de riesgo?, o bien,
 - ¿Se debe responsabilizar también a aquel que generó el riesgo al emprender actividades (*rectius*: los administradores), sin traer a la sociedad más que un sustento material irrelevante e inadecuado para la magnitud del riesgo encarado, o para los negocios que se emprendían?
- ¿Qué grado de subcapitalización genera la responsabilidad de los socios y, desde otro costado, cuando empieza a asomar la responsabilidad de los administradores?
- ¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?
- ¿Ante quién deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?
- ¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil consagrada en el Derecho común para reparar los daños causados por los administradores y/o socios por la infracapitalización de la sociedad que administran y de la que forman parte?

Intentaremos contestar las diversas incógnitas planteadas.

1. ¿QUIÉN RESPONDE POR LA INFRACAPITALIZACIÓN?

Por una cuestión lógica pareciera que, si la infracapitalización es originaria, responden todos los socios (básicamente los fundadores) y los administradores primigenios¹⁶.

Por el contrario, si la subcapitalización es sobreviniente responden quienes, pudiendo hacerlo, no corrigieron el defecto con nuevos aportes, así como quienes hayan emprendido una ampliación de actividades sin dotar a la sociedad de los medios necesarios para ello.

En el caso de los socios, pueden ser controlantes o no.

En el primer caso, puede que integren el órgano de administración o que formen parte de la mayoría del capital social y, por tanto, tienen la posibilidad de poner en movimiento los mecanismos legales para obtener el ingreso de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad¹⁷. *En el segundo caso*, en la medida que dentro del funcionamiento de la sociedad los socios no controlantes puedan y conozcan la situación económica y financiera de la sociedad; podrán ser responsabilizados. Habrá que ver la conducta del socio frente a la aprobación de los balances y a la solicitud de aumento de capital que pudo haber realizado el órgano de administración.

En cuanto a los administradores, siguiendo el razonamiento de Efraín RICHARD¹⁸, resulta que la organización o reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados. Por ello, concluye con claridad el jurista cordobés, que la reorganización concursal supone una crisis instalada, que ha llegado a generar un estado de cesación de pagos para la sociedad, que no han sabido o no han querido los administradores —y quizás los socios— afrontar en sede interna societaria, intentando que la misma sea soportada por los acreedores en una decisión mayoritaria frente a la propuesta de acuerdo que formule la sociedad. Las razones para elegir la segunda no son normalmente racionales en cuanto al principio de ‘conservación de la empresa’ ni al análisis económico de la solución más eficiente y de menos costes de transacción, sino que responden a la idea de que el sacrificio no sea afrontado por los socios sino por los acreedores, sin perder posición aquellos en la sociedad, incluso beneficiándose con el mayor valor del patrimonio social frente a la quita y espera que asuman los acreedores.

2. ¿QUÉ GRADO DE SUBCAPITALIZACIÓN GENERA LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y, PARALELAMENTE, CUÁNDO EMPIEZA A ASOMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES?

La limitación de la responsabilidad se permite en algunos tipos societarios *con la condición de que se dote a la sociedad con un patrimonio propio de riesgo realista y adecuado a la actividad social*.

Por ello, con razón se ha dicho que la subcapitalización constituye un recurso para violar la buena fe y los derechos de terceros, pues en definitiva la «falta de capital de la sociedad» redundará en perjuicio de estos últimos; debiendo valorarse, a tal efecto, ciertos aspectos para su adecuada configuración, tales como:

- i) la existencia de un factor de atribución de la responsabilidad de los socios y administradores, de carácter subjetivo (dolo o culpa, arg. art. 54, primer párrafo, de la ley de sociedades y art. 1109 del Código Civil)
- ii) la precisión con que se debe entender el «capital propio de riesgo» (cuya ausencia define los «contornos» de la subcapitalización). Para ello habrá que considerar los aportes propiamente dichos del capital inicial o aumentos, prestaciones accesorias, retención de utilidades, formación de reservas, y la conducta de administradores y socios en la dinámica de la vida social en cuanto a la distribución de dividendos. En otras palabras, los riesgos de la infracapitalización no pasan por el patrimonio social, son otros los factores tenidos en cuenta como la estructura patrimonial de la sociedad, su índice de endeudamiento, el costo de su financiación, su generación de fondos propios, la política de inversiones, y su capital de trabajo que nada tiene que ver con el capital nominal.

El régimen de sociedades de socios con responsabilidad limitada tiene por objeto facilitar la inversión productiva al permitir al comerciante arriesgar en la empresa solo el capital designado, sin comprometer el resto de su patrimonio personal.

Esta facilidad, sin embargo, no puede convertirse en un medio para defraudar los intereses de terceros.

Es claro que una sociedad cuyos socios tengan responsabilidad limitada puede atravesar dificultades económicas. Para ese supuesto se ha previsto la responsabilidad limitada, de modo que puede ser ejecutada —y aún ser declarada en quiebra— sin que el resto del patrimonio de sus socios se vea afectado. Pero los artículos 54, 59, 157 y 274 de la Ley 19.550 establecen la responsabilidad solidaria de los socios y administradores en ciertos casos que deberían ser excepcionales: *cuando se utiliza la figura societaria como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.*

Todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la sociedad con socios con responsabilidad limitada es dotada —límite normal de la responsabilidad de estos— sea suficiente para respaldar su giro.

Recordemos que existe un mínimo de capital para la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple, puede formarse el ente ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Sin embargo, es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que esta se halle

dotada. De otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas. Por ello, cuando los bienes sociales faltan, los acreedores encuentran que el límite de responsabilidad de los socios aparece desproporcionado, no ya solo con las deudas contraídas sino con el propio giro social en épocas normales.

A. La situación de los administradores sociales

Para emprender las actividades societarias se debe mantener un patrimonio social apto, o bien, que no sea groseramente impotente a tal fin.

Así las cosas, se debe responsabilizar a los administradores en la medida que hubieren realizado actividades para las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente. Dicha responsabilidad surge de los artículos 59, 274, 279 y ctes. de la ley de sociedades en virtud de la actuación contraria al cartabón del «buen hombre de negocios».

Más aún, les cabe también responsabilidad a los administradores por las obligaciones sociales contraídas en estado de cesación de pagos del ente que administran. En efecto, una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: «imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social», o sea, la «inviabilidad de la empresa», fundando una causal de responsabilidad de aquellos (arts. 59 y 99, ley 19.550), quienes por cualquier operación ajena a los fines disolutorios y liquidatorios los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios (sin perjuicio de la propia responsabilidad de estos).

B. La situación de los socios

Con respecto a la responsabilidad de los *socios* de una sociedad infracapitalizada, debemos distinguir dos supuestos.

El primero se da cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, imputándose a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Se debe aplicar el régimen del artículo 54 de la ley de sociedades comerciales en su apartado tercero que regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Este caso requiere el desvío de la causa fin del negocio societario. Existe un uso desviado de la personalidad societaria, es decir, la sociedad en su actuación ha sido interpuesta como «pantalla» para burlar la ley y desbaratar los derechos de terceros.

El segundo se verifica con respecto a aquellos socios que hubieren conocido y que hubieren tenido poder de decisión sobre la actividad social, y también aquellos que hubieren realizado y consentido los actos perjudiciales. De allí que el primer apartado del artículo 54 de la ley de sociedades establezca la obligación solidaria de los socios o controlantes de indemnizar todo daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa. Sin embargo, y a diferencia del supuesto anterior, no se verifica en este un uso desviado de la personalidad societaria. Tampoco existe una «manipulación» de la estructura societaria tendiente a desbaratar derechos de terceros.

C. *¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?*

Básicamente estamos en presencia de una responsabilidad subjetiva, por dolo o por culpa.

Tanto los administradores (por no activar los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» a la sociedad, arg. artículo 96 y ctes. ley 19.550, o por encarar actividades para las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente, arg. artículo 59 ley 19.550) cuanto los socios limitadamente responsables (por no haber efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresarial) serán pasibles de ser responsabilizados por la operatoria de la sociedad sin capital suficiente *al no haber tomado las medidas o cuidados del caso según las circunstancias de persona, tiempo y lugar* (arg. art. 512 Código Civil) a través de un aumento de capital, fusión, escisión, etc.; obteniendo el aporte de socios o terceros, o, inclusive, y en situación extrema, por no haberse concursado preventivamente «a tiempo»¹⁹.

Particularmente, y con la mirada puesta en los *administradores*, se ha recalado en que una actitud diligente por parte de estos ante la crisis pasa por formular un plan de negocios y someterlo a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicios de otras vías como es la transformación o escisión.²⁰

Generalmente, en el escenario de la infracapitalización, campea la idea de que el sacrificio —consecuencia de la despatrimonialización— no sea afrontado por los socios (quienes muchas veces administran también la sociedad) sino por los acreedores sociales, sin perder aquellos posición dentro de la misma sociedad.

Como puede observarse, se trata de una situación que está caracterizada por la negligencia de sus autores (administradores y/o socios) o, incluso, por la intención de los mismos de dañar a otros (los acreedores de la sociedad) como ocurre en los supuestos de dolo.

D. *¿Ante quién/es deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?*

La responsabilidad de los socios y/o administradores por la infracapitalización tiene como legitimados activos tanto a la sociedad cuanto a los terceros.

a) Caso en que los administradores son demandados

Si *no hay quiebra* declarada los mecanismos legales para efectivizar la responsabilidad están contenidos, básicamente, en la ley 19.550.

Los administradores no activaron los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» o «reorganizar» a la sociedad (arg. art. 96 y cctes. ley 19.550), o bien, encararon actividades para las cuales la sociedad no contaba con patrimonio suficiente.

Si es la *sociedad* la que reclama el resarcimiento de los daños injustamente sufridos contra los administradores cuenta con la acción social de responsabilidad (art. 276 y sigs. ley 19.550) para demandarlos por no haber actuado como «buen hombre de negocios» en el desempeño de su cargo (art. 59 y 274 ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan a las arcas del ente societario.

Si son los terceros (acreedores sociales y/o socios) los que reclaman la reparación del daño cuentan con la acción individual de responsabilidad (art. 279 ley 19.550) para accionar contra los administradores por el daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arg. art. 274 ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan al peculio personal de los acreedores (vgr.: trabajadores contratados en «negro») y/o socios (v. gr., en el caso del art. 99, ley 19.550²¹).

Si *hay quiebra declarada* y es la sociedad fallida la que inicia el reclamo —a través de sindicatura (arg. art. 175 ley 24.522) aunque también la pueden iniciar los acreedores sociales individualmente (art. 278 ley 19.550)— cuenta con la acción *social de responsabilidad* (art. 276 y sigs. ley 19.550) contra los administradores por haberla conducido a la quiebra. La indemnización ingresará al patrimonio social (la acción societaria se deduce ante el juez concursal, arg. art. 175 ley 24.522).

Si, en cambio, la pretensión resarcitoria la inician los acreedores sociales —a través de sindicatura (art. 173 y 176 ley 24.522)— tienen a su disposición la acción *concursal* de responsabilidad contra los administradores que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia (art. 173, primer párrafo, ley 24.522). La indemnización está destinada a satisfacer el pasivo concursal.

b) Caso en que los socios son demandados

Si *no hay quiebra* declarada los mecanismos legales para efectivizar la responsabilidad también están contenidos, básicamente, en la ley 19.550.

Si es la *sociedad* la que reclama el resarcimiento de los daños injustamente sufridos contra los socios (controlantes o no) cuenta con la acción social de responsabilidad (art. 276 y sigs. ley 19.550) para demandarlos cuando, por su obrar doloso o culposo, dañaron al ente social (art. 54, primer párrafo, ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan a las arcas del ente societario. Es más, el socio (controlante o no) que haya aplicado los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Si son los *terceros* (*por ej., acreedores sociales*) los que reclaman la reparación del daño contra los socios (controlantes o no) cuentan con las acciones del artículo 54, ley 19.550.

En efecto, si hubo «manipulación» de la estructura societaria se aplica el artículo 54, segundo parte, de la ley 19.550 y hay que desestimar la personalidad jurídica del ente social para imputar directamente a los socios o a los controlantes la actuación de la sociedad de acuerdo a fines extrasocietarios; respondiendo aquellos solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Por el contrario, si no hubo «abuso» de la personalidad jurídica, se aplica la primera parte del artículo 54 ley 19.550. Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan al peculio de los acreedores.

Si *hay quiebra declarada* y es la sociedad fallida la que inicia el reclamo —a través de sindicatura (arg. art. 175 ley 24.522) o los acreedores sociales individualmente (art. 278 ley 19.550)— cuenta con la acción social de responsabilidad (arts. 276 y sigs. ley 19.550) contra los socios limitadamente responsables en los casos de abuso de control y abuso de la personalidad jurídica (art. 54, ley 19.550). La indemnización ingresará al patrimonio social (la acción societaria se deduce ante el juez concursal, arg. art. 175 ley 24.522).

En cambio, si la pretensión resarcitoria la inician los acreedores sociales —a través de sindicatura (arts. 173 y 176 ley 24.522)— tienen a su disposición la acción *concursal* de responsabilidad contra los socios en tanto y en cuanto hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo, antes o después de la declaración de quiebra. Los socios, en este caso, además de reparar el daño causado, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder; no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso (art. 173, primer párrafo, ley 24.522). La indemnización está destinada a satisfacer el pasivo concursal.

E. *¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil y los presupuestos del deber de resarcir el daño causado del Derecho común ante la reparación de los daños causados por la infracapitalización provocada por los administradores y/o socios?*

a) Preliminares

Nuestro interrogante como punto de partida es el siguiente: *¿El tratamiento de la reparación de los daños causados en la actividad comercial —especialmente en el ámbito del derecho societario y/o concursal— exige una normativa especial o, al menos, un estudio particular, de alguna manera separado de la teoría general de la responsabilidad civil; o bien, se le deben aplicar los principios generales de la responsabilidad por daños que fluyen del Derecho común?*

Tomaremos como punto de reflexión los artículos de la ley societaria que se erigen en «piedra de la discordia».

Nos referimos a los siguientes artículos de la ley 19.550:

- i) al artículo 54, primer párrafo, de la ley 19.550 expresa: *«Dolo o culpa del socio o controlante. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituyen a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva»*
- ii) al artículo 59: *«Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión»*
- iii) el artículo 274: *«Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave»*

El «quid» de la cuestión consiste en tratar de hallar una respuesta a los siguientes interrogantes:

- 1. *¿Constituye, la normativa societaria transcrita, una ley especial con principios autónomos a los efectos de determinar la reparación de los*

- daños causados por los administradores y/o socios a la sociedad y/o sus acreedores en situación de infracapitalización?, o bien,
2. ¿El artículo referenciado se subsume y es absorbido por el régimen general de la reparación de los daños reglado por el Código Civil?
- b) Argumentos en pro y en contra de la autonomía del régimen societario de reparación de los daños causados ante una situación de infracapitalización societaria

En abstracto, creemos que existen razones que brindan apoyo a una y a otra postura.

— Argumentos para no distinguir: el régimen societario y/o concursal es absorbido por el régimen común.

- i) Hay una vocación «universal» de las reglas de la responsabilidad civil común u ordinaria.
- ii) Ante la duda que pueden generar las normas de los artículos 54, 59 y 274 LSC acerca de su «real» autonomía, hay que recurrir al Derecho común, es decir, al Código Civil y su normativa sobre la responsabilidad civil.
- iii) Si la ley no distingue claramente, el operador no debe distinguir y deberá recurrir y guiarse por los presupuestos de la responsabilidad civil común u ordinaria.
- iv) En el caso particular del artículo 54, primer párrafo, de la ley 19.550 la prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se ha aplicado fondos sociales tienen —en última instancia— naturaleza indemnizatoria, por lo que deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el quantum que los administradores y/o socios deberán pagar a la sociedad infracapitalizada por el daño que le han provocado por su obrar antijurídico causante de la infracapitalización; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa del ente societario, o, dicho en otros términos, para evitar que este saque provecho de un acto ilícito.
- v) La palabra sanción no solo es sinónimo de punición. Las sanciones pueden ser caracterizadas también como medidas que se imponen para reforzar la observancia de las normas del sistema y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia. Aparece así la relación de responsabilidad civil mediante la cual el ordenamiento jurídico societario busca de alguna manera acordar una reparación al damnificado, sin que ello descarte el carácter de sanción que el deber de reparar significa para el opresor.

- vi) Por ello, para reparar los daños causados por los administradores y/o socios —con lo cual se persigue «resarcir» a la sociedad y/o sus acreedores de los efectos del daño sufrido por la infracapitalización— hay que echar mano al régimen común (arg. art. 1109 y cctes. Código Civil) en función de la normativa consagrada en los mentados artículos 54, 59 y 274, Ley 19.550
- Argumentos para distinguir: el régimen societario y/o concursal no es absorbido por el régimen común.
- i) En el caso particular del artículo 54, primera parte, ley 19.550 la prohibición de compensación y la obligación de llevar las ganancias personales a la sociedad permiten concluir, por contrapartida, en la existencia de un régimen específico *indemnizatorio* en la materia que se aparta del régimen común u ordinario. En efecto, dichas consecuencias jurídicas previstas en la norma parecen funcionar «a la manera» de los «daños punitivos»²²; con tinte sancionatorio y no indemnizatorio, por lo que no deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el quantum que los administradores y/o socios deberán pagar a la sociedad infracapitalizada por el daño que le han provocado por su obrar antijurídico causante de la infracapitalización.
- ii) La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se ha aplicado fondos sociales (art. 54, primera parte, de la ley 19.550) tienen el carácter de «sanciones» que persiguen la finalidad de evitar en el futuro una nueva «infracapitalización». No procuran —precisamente— reparar el daño causado por lo que deben interpretarse como un régimen específico.
- iii) Los efectos mencionados en el párrafo precedente tienen un doble objetivo: 1) afianzar la existencia de una *reparación* a la víctima, asegurándole a la sociedad y/o acreedores que los daños sufridos por la infracapitalización serán bien compensados; y 2) una *sanción* a los socios y/o administradores, para disuadir conductas antijurídicas en el futuro.
- iv) Así las cosas, se persigue *sancionar* y *disuadir* a los administradores y/o socios que han violado la «regla» que les impone —en última instancia— arbitrar los medios societarios necesarios para que el capital tenga una adecuada relación con el patrimonio social; obligándolos a restituir lo ilegítimamente ganado o prohibiéndole compensar el lucro obtenido con la obligación de indemnizar a la sociedad infracapitalizada.

- c) ¿Cuál es la importancia práctica de determinar si la ley 19.550 consagra un régimen específico de responsabilidad por daños, o bien, si es un capítulo más del régimen común u ordinario del Código Civil?

Creemos que existe una evidente importancia «práctica» en develar el interrogante acerca de *si la reparación de los daños causados por los administradores y/o socios a la sociedad y/o a los acreedores sociales por la infracapitalización societaria causada se rige por los mismos principios de la responsabilidad civil según los parámetros del Código Civil, o bien, se encuentra informada por principios propios del Derecho societario (o del Derecho concursal) que gozan de autonomía frente a aquellos otros y, por tanto, conducen a resultados diversos.*

La respuesta radica en que según tomemos partido por una u otra postura, para juzgar la responsabilidad de los socios y/o administradores, habrá que constatar la existencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil regulados en el Derecho común (Código Civil), sin perjuicio de algunas particularidades propias del régimen societario o concursal. Tales son:

- Daño
- Autoría
- Antijuridicidad
- Factor de atribución
- Relación de causalidad

En nuestra opinión, creemos que la reparación de los daños causados por la infracapitalización societaria, debe ser juzgado a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil que nacen del Derecho común.

Ni la ley de sociedades comerciales ni la ley concursal, salvo aspectos en particular, consagran principios propios o una regulación autónoma que impida o excluya la aplicación de aquellos presupuestos del Derecho común.

Por lo tanto, para ser pasibles de responsabilidad los administradores y/o socios deberán haber ejecutado una conducta antijurídica culpable o dolosa que —de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas (rectius: que tenga una relación de causalidad adecuada)— haya provocado en el ente social una situación de infracapitalización que dañe a los acreedores sociales (que no ven satisfechas sus acreencias) o a la sociedad misma (al despatrimonializarla pudiendo colocarla, incluso, en estado de insolvencia).

En conclusión: la responsabilidad por la infracapitalización será informada por los principios del Código Civil sin perjuicio de lo cual habrá que tener en cuenta las particularidades «societarias» o «concursoales» del caso.

i) Planteo en el ámbito societario

Una consecuencia de nuestra posición en materia societaria (art. 54, ley 19.550) es, por ejemplo, que en el caso del daño ocurrido a la sociedad por dolo

o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, quedan constituidos en la calidad de autores de la obligación solidaria de indemnizar a la sociedad infracapitalizada de acuerdo a los presupuestos comunes (autoría, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño según el Código Civil) aunque —a la hora de fijar el quantum indemnizatorio que deben afrontar los administradores y/o socios— deberá ponderarse la prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa del ente societario.

Va de suyo que, en caso de que los legitimados activos sean los acreedores sociales, la reparación de los daños también estará informada por los presupuestos generales del Código Civil.

ii) Planteo en el ámbito concursal

En materia concursal, de igual modo, para aquellos supuestos en los cuales los administradores o los socios han dañado a ciertos terceros —los acreedores sociales— en virtud de un obrar especialmente calificado por su gravedad: haber producido, facilitado o agravado la insolvencia del ente infracapitalizado, los administradores y, llegado el caso, los socios —en la medida que realicen las conductas descriptas en el artículo 173, primer y segundo párrafo, de la ley 24.522— incursionarán en una responsabilidad *patrimonial concursal* que estará regida por la misma ley 24.522 (art. 174) en cuanto a la extensión de la responsabilidad, trámite, prescripción, etc.; sin embargo, este tipo de responsabilidad no deja de ser «civil», toda vez que estará informada por los principios generales que sustentan la «Responsabilidad por Daños» reglada en el Código Civil:

- a. Autoría;
- b. Antijuridicidad;
- c. Imputabilidad;
- d. Factor de atribución;
- e. Daño y
- f. Relación de causalidad.

iii) Utilidad de práctica de la discusión. Conclusión

Ensayemos un ejemplo que demuestre la utilidad práctica de la discusión.

Por un lado, los administradores no activan los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» a la sociedad (arg. art. 96 y ctes. ley 19.550), o bien encaran actividades para

las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente (arg. art. 59 ley 19.550). Por otro lado, los socios no efectúan los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresarial.

Tales conductas conducen a la quiebra de la sociedad. Los administradores y/o socios:

- i) ¿Deben responder frente a la masa concursal por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad empresarial encarada?
- ii) ¿Deben responder por la diferencia existente entre el pasivo y el activo falencial?
- iii) ¿Deberían responder por todo el pasivo social del ente?

Nos preguntamos:

- a. ¿Qué postura se ajustaría a los postulados de la responsabilidad por daños, especialmente a la teoría de la relación de causalidad adecuada?
- b. ¿Si debieran responder por todo el pasivo social, se les está cargando injustamente a los socios y/o administradores consecuencias dañosas que no tuvieron su causa adecuada en la falta de aportes «razonables» o «acordes» con la concreta actividad empresarial desplegada por la sociedad, o por haber encarado actividades para las cuales la sociedad no contaba con patrimonio suficiente?
- c. ¿Esta última postura está tarifando el daño y, por tanto, excluyendo un análisis desde la óptica de la relación de causalidad adecuada en cuanto a la *extensión del daño resarcible* con el riesgo de alentar la indemnización de daños no causados por sus responsables?

Para intentar dar una respuesta a estos interrogantes echamos mano nuevamente al precedente ya citado autos «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor NORBERTO y otros sobre ordinario», resuelto el 4/02/2013, en el cual la mayoría de la Sala D, de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (con voto del Dr. Pablo HEREDIA) aplicó la tesis de la absorción del régimen societario y/o concursal por el régimen común, analizando correctamente la *responsabilidad concursal del sujeto controlante a la luz del artículo 173, 2.º párrafo, LCQ en función de los presupuestos de la responsabilidad civil regulada por el Código Civil*.

En tal sentido, tomamos algunos párrafos del fallo que por su elocuencia corroboran lo antes indicado, pudiendo citar los siguientes:

- i) «(...) Pues bien, partiendo entonces de la base de que los supuestos de infracapitalización societaria «material» pueden justificar la promoción de

acciones de responsabilidad concursal (esta Sala, «Conix S.A. s/ quiebra c/ Edixer S.A. y otro s/ ordinario», sentencia del 16/3/09, voto del suscripto) y de que, como se dijo, en los casos de control participacional —definido como tal en los términos del artículo 33, inc. 1.º, de la ley 19.550— el sujeto controlante puede ser sujeto pasivo de la acción pertinente pues, en cuanto tal, tuvo la posibilidad de tomar decisiones y de evitar conductas inadecuadas (conf. RAMÍREZ BOSCO, L., Responsabilidad por infracapitalización societaria, Buenos Aires, 2004, p. 108), juzgo en coincidencia con lo expuesto por la sentencia de primera instancia que están reunidos los presupuestos para condenar a Solfin S.A., esto es, la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño y la relación causal (...).

ii) «(...) El factor de atribución exigido por el artículo 173, primer párrafo, de la ley 24.522 es el dolo. Imputado a un sujeto controlante, el dolo de que se trata consiste en la gestión desleal de la controlada, que le ha reportado un beneficio propio o a otra sociedad controlada del grupo (conf. OTAEGUI, J., Concentración Societaria, Buenos Aires, 1984, p. 452, núm. 283). Es una modalidad del dolo delictual referido por el artículo 1072 del Código Civil y que encierra, en sustancia, el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad de realizarlo (conf. TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 663; en igual sentido: LLAMBÍAS, J., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, Buenos Aires, 1973, t. III, ps. 706/707, núm. 2279; SANTOS BRIZ, J., La responsabilidad civil, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1991, t. I, p. 40). Pues bien, con relación al caso, interpreto que la presencia de dicho conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo, se infiere con relación a Solfin S.A. claramente de lo expuesto en el párrafo anterior y, particularmente, de lo siguiente: a) asumió en forma incondicionada e irrevocable el compromiso de adquisición de las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. —lo que implicaba una erogación de U\$S 39.648.451,92 según lo antes dicho— en momentos en que ya era notorio su propio desequilibrio económico y financiero según lo explicó el peritaje contable rendido en autos, sin recibir críticas (fs. 597 vta./598); b) permitió que su controlada insistiera ante la autoridad de aplicación en la posibilidad de mantener las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. como aportes de capital, sabiendo de la difícil situación de insolvencia que aquejaba a esta última (reconocida por Sociedad Comercial del Plata S.A. al solicitar tiempo después su propio concurso preventivo), sumándole a ello la pretensión de que tales acciones fueran valoradas a una cotización que no era la real, en contraposición con lo previsto por el artículo 30.1. de la RSSN núm. 25.804/98); c) a través de su controlada impulsó todo lo anterior dentro de un tiempo próximo a la petición de disolución anticipada reglada por el artículo 50 de la ley 20.091, y de su propio concursamiento preventivo, lo que tuvo lugar en setiembre de 2000. En suma, todo indica que Solfin S.A., sea a través del control ejercido sobre

la aseguradora en las peticiones que ella hizo ante la autoridad de control, sea por actos propios, se condujo «a sabiendas» de que las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital mínimo oportunamente advertido en los términos del artículo 31 de la ley 20.091 no servirían a su controlada para superar, realmente, la infracapitalización material que padecía, sino solamente para lograr validaciones de excepción por parte de dicha autoridad de control que, en los hechos, la tolerancia de esta última siempre delimitó a periodos breves, vencidos los cuales se volvía a insistir con nuevas e ingeniosas medidas tendientes a lograr el mismo resultado engañoso. Tal actuar, obviamente, estuvo teñido de desprecio hacia lo que significa la constitución del capital mínimo de una aseguradora, el cual —como lo enseña HALPERÍN— lejos de tener una función secundaria, la tiene en suma importancia no solo al inicio de la actividad, sino también durante el ejercicio normal, ya que el capital mínimo está llamado a cubrir el déficit causado por los apartamientos de la hipótesis estadística, defectuosa selección de riesgos, etc. (conf. Halperín, I., Seguros-Exposición Crítica de la ley 17.418, Buenos Aires, 1970, pp. 703-704, núm. 33). Y aún si se negase como existente un dolo «directo» (es lo que hace Solfin S.A. al señalar que le fue imposible prever que no podría cumplir el «Contrato de Opción de Venta»; fs. 801 y vta.), considero que el contexto fáctico explicado por el peritaje contable, del que resulta que las empresas del grupo y la propia apelante entraron en estado de cesación de pagos el 22/6/98 (fs. 598), muestra, cuanto menos, la presencia de un dolo eventual, que se da cuando el sujeto se representa y no descarta la posibilidad de un resultado dañoso (conf. ALTERINI, A., Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1974, p. 97), lo cual es igualmente suficiente para tener por configurado el factor de atribución previsto en la ley (conf. CNCom. Sala D, 21/4/10, «Cresaltex S.R.L. s/ acción de responsabilidad»; Truffat, D., La acción concursal de responsabilidad y los directores abandonicos o groseramente irresponsables. Posibilidad del dolo eventual como factor de atribución, en la obra colectiva «La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos», Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2009, pp. 429 y sigs.). Solo me importa agregar, para concluir este aspecto, que a la constatación de la existencia de dolo puede llegarse en esta como en otras materias por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones (conf. CNCiv. Sala G, 27/7/84, «Montes, Alberto», JA 1985-I, p. 295; AGUIAR, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1924, t. I, p. 203, núm. 70), valiendo también recurrir a indicios, conjeturas, argumentos indirectos o confrontaciones (conf. Busso, E., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 243, núm. 45; TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., *op. cit.*, t. I, p. 677); y que ha sido con tal inteligencia que, precisamente, he adquirido el convencimiento expuesto en este parágrafo (...).

(iii) «(...) Finalmente, en cuanto a la relación de causalidad, cabe referir a sus dos aspectos. El primero, en cuanto elemento que vincula la conducta del

responsable con el daño, toda vez que la autoría no puede concebirse aislada del perjuicio. En este sentido, la conducta ha de estar vinculada causalmente a la insolvencia o a la situación patrimonial del quebrado (conf. RIVERA, J., Instituciones de Derecho Concursal, cit., t. II, p. 326). Dicho de otro modo, desde esta perspectiva, la relación de causalidad se refiere al adecuado nexo en términos de causa-efecto que debe constatarse entre la conducta dolosa del sujeto involucrado y la causación del perjuicio, esto es, la disminución de la responsabilidad patrimonial o producción de la insolvencia (conf. ROITMAN, H., Responsabilidad de terceros en la quiebra, RDPC núm. 11 [Concursos y quiebras II], p. 39, cap. 5.4). El segundo, se refiere al modo en que la relación causal permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son imputables a su conducta antijurídica. Aplicando esta segunda noción, han de atribuirse al sujeto los «perjuicios causados» como reza el artículo 173 de la ley 24.522. Estos perjuicios son las consecuencias inmediatas, que son siempre a cargo del autor de la conducta dañosa (art. 903 del Código Civil), y las consecuencias mediatas que él haya previsto o podido prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (art. 904 del Código Civil). Pero como la responsabilidad concursal de que se trata se funda en el factor dolo, el agente puede también responder por las consecuencias objetivamente causales cuando las hubiese previsto (art. 905 del Código Civil; RIVERA, J., Instituciones de Derecho Concursal, cit., t. II, p. 326; ALTERINI, J., El dolo en la indemnización de daños: incrementos, limitaciones, atenuaciones, compensaciones, LL del 29/7/2009). Teniendo en cuenta lo anterior y por lo que toca al caso, corresponde señalar: I. Que la presencia de un nexo entre la conducta imputada al demandado (causa) y el perjuicio causado (efecto), examinada a la luz de la teoría de la causa adecuada (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., p. 219, núm. 590; ORGAZ, A., El daño resarcible, Buenos Aires, 1967, pp. 46-47, núm. 19), no es cuestión de la que pueda dudarse a partir de las consideraciones que expuse al tratar sobre el factor de atribución (...).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Cám. Nac. Com. Federal, sala D, «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor Norberto y otros sobre ordinario», del 4/02/2013 (Argentina)

BIBLIOGRAFIA

ALEGRÍA, H., *Nuevas reflexiones sobre «aportes a cuenta de futura emisión»* RDCO 1995-A-15.

- CASAL, M. A., *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social: actualización de aspectos legales, contables e impositivos*, p. 75, Enfoques, T. 2000
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *¿Conviene la introducción de los llamados, 'daños punitivos', en el Derecho argentino?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXXVIII, segunda época, núm. 31.
- MÉNDEZ, J. J., Infracapitalización, en *Temas actuales de Derecho comercial, Homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty*, Universidad Austral, Editores Fondo Editorial, Bs. As., Bs. As., 2011, p. 246.
- PORTALE, G., y COSTA, C., Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei, en *Il diritto delle società per azioni, problema, esperienze, progetti*, a cargo de Pietro Abadesa y Ángel Rojo, Giuffrè, Milán, 1993, p. 98.
- PULIAFITO, G. J., La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, en *Derecho concursal aplicado*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 249.
- RICHARD, E. H., Pérdida del capital social y concurso, *Doctrina Societaria y Concursal, Errepar*, núm. 274, septiembre de 2010, p. 1009.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., Barcelona de 1992, pp. 976 y sigs.

NOTAS

¹ Este aserto se ve reflejado en la importancia que las Policías societarias le dan a esta relación, capital-objeto. Citamos a modo de ejemplo la resolución núm. 2007 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza del 14 de octubre de 2009 en virtud de la cual: (...) Que la delegación legislativa contenida en el artículo 186 de la ley 19.550 no ha merecido por parte del Poder Ejecutivo Nacional ninguna actualización desde que se fijara el monto de pesos 12.000 a comienzos de la década pasada (decreto 2128/1991, arts. 1 y 2 ADLA-LI-3991) (...) que resulta evidente que las circunstancias macroeconómicas del país han mutado considerablemente y, en tal sentido, es necesario que esta dirección no cierre los ojos frente a la realidad que indica que el valor real de ese capital mínimo hoy se acerca a la cuarta parte del que tuvo al momento de ser fijado. Que no es dudoso que la legislación societaria argentina ha elegido para sí, de entre todos los sistemas posibles, el sistema del capital social y que en coherencia con ello, el cuerpo normativo de ley 19550 se encuentra provisto de una cantidad de normas tendientes a fijar y a proteger el capital. A modo de ejemplo se pueden señalar los artículos 11 inc. 4, 31, 37 y sigs. 94 inc. 5, 186 y sigs. 205 y 206 de la LSC. (...) Por todo lo expuesto y normas citadas EL DIRECTOR DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: HACER SABER QUE LA DIRECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EVALUARÁ EN CADA SOCIEDAD LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL CAPITAL PROPUESTO Y EL OBJETO QUE PRETENDE DESARROLLARSE (...). Con posterioridad se dictó el decreto 1331/12 del Poder Ejecutivo Nacional que fijó el capital social exigido por el artículo 186 de la Ley de Sociedades Comerciales, núm. 19.550 en la suma de \$ 100.000.

² PULIAFITO, G. J., La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, en *Derecho concursal aplicado*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 249.

³ PORTALE, G. y COSTA, C., Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei, en *Il diritto delle società per azioni, problema, esperienze, progetti*, a cargo de Pietro Abadesa y Ángel Rojo, Giuffrè, Milán, 1993, p. 98.

⁴ MÉNDEZ, J. J., Infracapitalización, en *Temas actuales de Derecho comercial, Homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty*, Universidad Austral, Editores Fondo Editorial, Bs. As., Bs. As., 2011, p. 246.

⁵ La doctrina señala la dificultad para determinar la «actividad» de la sociedad en los casos —como veremos— de infracapitalización originaria, lo que lleva a concluir en la necesidad de un adecuado control de mérito por parte de la policía societaria en relación con la razonabilidad o congruencia del capital al momento de la constitución del ente societario.

⁶ MÉNDEZ, J. J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 248.

⁷ La externalización de costos que es propio de todo ente con responsabilidad limitada es aceptable en la medida que se brinden mínimos resguardos, estos consisten en el compromiso de los socios expresado en el capital de que la sociedad al menos contará con un patrimonio equivalente a dicha suma (arg. art. 96, ley 19.550). Por ello, en el caso de reducción voluntaria del capital (arts. 203 y 204, ley 19.550) la reducción de la cifra nominal de capital va acompañada con la reducción equivalente del patrimonio, distribuyéndose proporcionalmente entre los socios el porcentaje reducido. Esta especie de reducción resuelta por la asamblea extraordinaria se traduce concomitantemente en una reducción del patrimonio social (garantía, directa, de los acreedores) y la cifra del capital social (garantía, indirecta, de los acreedores); razón por la cual, en interés de estos últimos, la ley (art. 204, ley 19.550) instaura un régimen de publicidad y les permite oponerse a la reducción (arg. art. 83, inc 3°, ley 19.550), salvo en los casos de amortización de acciones integradas realizadas con ganancias o reservas libres (art. 223, ley 19.550) porque en tal caso no se supone menoscabo del patrimonio social.

⁸ El beneficio de la limitación de la responsabilidad encuentra su razón de ser en el carácter de la magnitud y excesivo riesgo de la empresa propuesta. Su finalidad fue, entonces, el adecuado resguardo del patrimonio personal de los socios, en tanto estos, desde su posición de contratantes, acordarán los medios necesarios para el cumplimiento del objeto propuesto en el contrato social como negocio jurídico (PULIAFITO, G. J., *La infracapitalización*, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, *op. cit.*, p. 246).

⁹ RICHARD, E. H., *Pérdida del capital social y concurso*, *Doctrina Societaria y Concursal*, *Errepar*, núm. 274, septiembre de 2010, p. 1009.

¹⁰ Para Gladys PULIAFITO la *infracapitalización material* se refiere a aquellos casos en que la sociedad se encuentra desprovista de los medios económicos necesarios para el cumplimiento del objeto social. En cambio, en la *nominal*, si bien la cifra del capital social aparece como irrisoria, el patrimonio neto, sin embargo resulta adecuado para el cumplimiento del objeto social (*La infracapitalización*, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, *op. cit.*, p. 253).

¹¹ MÉNDEZ, J. J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 248.

¹² Sin embargo, no debemos olvidar que para que los socios puedan disponer de las utilidades no distribuidas a través del dividendo, —dejando por consiguiente a la sociedad con un capital social insuficiente— es necesario que las utilidades estén conformadas por ganancias, líquidas, y realizadas; debiendo decidirlo en ese sentido la misma sociedad, no existiendo, por lo tanto, derecho al dividendo hasta aquel momento. En cuanto a los aportes irrevocables, recordemos que son una creación de la práctica societaria, ya que no se encuentran previstos en nuestra Ley de Sociedades Comerciales núm. 19.550, y responden a la necesidad que pueden tener las sociedades de contar con fondos en forma inmediata cuando no obtienen financiación externa, no pueden asumir sus costos o no disponen del tiempo suficiente para realizar un debido aumento de capital. Así, los propios accionistas o terceros efectúan desembolsos como aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos (no son estrictamente ni aportes societarios ni préstamos), que son receptados por la asamblea o el directorio. El elemento que caracteriza al aportante es «su vocación de permanencia y que soluciona un problema financiero en forma inmediata, con el ánimo de acceder o incrementar la participación social y gozar de los eventuales beneficios de un socio» (CASAL, Miguel Ángel, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social: actualización de aspectos legales, contables e impositivos*, p. 75, Enfoques, T. 2000). Si bien nada dice la ley al respecto, ni establece ningún tipo de sanción, no parece viable que estos aportes se puedan mantener en el patrimonio neto de la sociedad sin capitalizarse por tiempo indeterminado, ya que se estaría desvirtuando la finalidad del instituto, y esto podría ser apuntado por los

organismos de control. En principio, debería pactarse un plazo en el cual se debería efectuar la capitalización de los aportes irrevocables o se debería realizar dicha capitalización dentro de un plazo razonable. Según la opinión del prestigioso jurista Héctor ALEGRÍA, si ese plazo no fuese razonable se «desnaturalizaría la convención y permitiría recalificarla (convertirla) en otro negocio jurídico, casi seguramente un préstamo» (ALEGRÍA, Héctor, *Nuevas reflexiones sobre «aportes a cuenta de futura emisión»*, RDCO 1995-A-15). Finalmente, recuérdese, que la sociedad no se encuentra obligada a capitalizar los aportes irrevocables. En una asamblea de accionistas en la cual se llegase a tratar el tema de un aumento de capital, podría decidirse capitalizar la totalidad de los aportes irrevocables integrados o solo parte de ellos. Así, si la sociedad decide no capitalizar todo o una parte de los fondos entregados, estos deberán ser reintegrados inmediatamente a sus aportantes. Alguna doctrina considera que esa devolución debería efectuarse con una actualización y un interés adicional, ya que al no haberse capitalizado estos fondos se convierten en un préstamo a la sociedad.

¹³ MÉNDEZ, Juan J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁴ PULIAFITO, Gladys J., *La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., Barcelona 1992, pp. 976 y sigs.

¹⁶ Cabe preguntarse si acaso también debe responder el Estado por la omisión de control (arg. art. 1074 del Código Civil) a través de las Policías societarias que no verifican el cumplimiento de los capitales mínimos exigidos por ley y si el capital adoptado es suficiente para el cumplimiento del objeto social propuesto, máxime si se tiene presente la índole de actividades que pueda comprender aquel.

¹⁷ En autos «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor NORBERTO y otros sobre ordinario» el 4 de febrero de 2013, la mayoría de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (con voto del Dr. Pablo HEREDIA), resolvió: «(...) En ese orden de ideas, se ha interpretado que la responsabilidad concursal del sujeto controlante aparece especialmente cuando ha infringido el deber de mantener la solvencia del patrimonio de la sociedad dependiente (...) pudiendo solamente eximirse de ella cuando la insolvencia ha derivado de externalidades del riesgo empresarial de las que no puede responder quien controla (...) en otras palabras, el sujeto controlante tiene el deber de mantener a la sociedad dependiente en condiciones de subsistencia o sustentabilidad para poder cumplir con sus obligaciones respecto de los acreedores externos al grupo, lo cual tiene relación con el capital de trabajo de la dominada, siendo la dominante responsable en caso de concurso. (...) La cuestión, bien se ve, entronca bajo esta última perspectiva en la problemática de la adecuada capitalización de la sociedad subordinada que debe proveer el sujeto controlante, así como correlativamente con la responsabilidad de este último en situaciones de infracapitalización “material”. (...) Tal problemática y lo atinente a su correlativa responsabilidad son aspectos que, valga señalarlo, lucen especialmente delicados en situaciones como la de autos, en donde está en juego el capital mínimo que deben mantener para iniciar o continuar con su operatoria las entidades aseguradoras, toda vez que las aportaciones a ese capital mínimo en los términos que marca la ley, se relaciona directamente con lo atinente a la solvencia de tales entidades, determinando ello específicos deberes de integración en casos de déficit de capital (arts. 7, inc. c, 30 y 31 de la ley 20.091). (...) Pues bien, partiendo entonces de la base de que los supuestos de infracapitalización societaria “material” pueden justificar la promoción de acciones de responsabilidad concursal (...) y de que, como se dijo, en los casos de control participacional —definido como tal en los términos del artículo 33, inc. 1.º, de la ley 19.550— el sujeto controlante puede ser sujeto pasivo de la acción pertinente pues, en cuanto tal, tuvo la posibilidad de tomar decisiones y de evitar conductas inadecuadas (...). En el presente caso, resultan muy interesantes los hechos para comprender como juega el tema de la infracapitalización y la responsabilidad del socio controlante: (a) El 10 de septiembre de 1998 la Superintendencia de Seguros de la Nación observó los estados contables cerrados al 30 de junio de 1998 de Instituto Italo Ar-

gentino de Seguros Generales S.A. por encontrar un déficit de capital que la colocaba en la situación prevista por el artículo 31 de la ley 20.091, esto es, a fin de que esa entidad aseguradora adoptase, en el marco de un plan de regularización y saneamiento, las medidas necesarias para mantener la integridad del capital mínimo previsto por el artículo 30 de esa normativa, (b) Con la finalidad de capitalizar a la entidad en la medida exigida por la ley 20.091, Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. recibió en concepto de aporte irrevocable la cantidad de 10.490.000 acciones representativas del capital de Sociedad Comercial del Plata S.A., valuadas en \$ 5.349.900 según cotización del 30 de junio de 1998, cuya propiedad y tenencia correspondía a Solfina S.A. Acto seguido, la aseguradora cedió ese aporte de acciones a un socio mayoritario suyo (Bristol Group Holding 6), quien asumió el compromiso de sustituirlas antes del 30 de octubre de 1998 por dinero en efectivo u otros títulos, así como a mantener invariable el indicado monto de valuación, haciendo aportes adicionales de ser necesario para ello, hasta tanto que se efectuase la sustitución de los títulos cedidos, (c) Comunicado lo anterior a la Superintendencia de Seguros de la Nación, la autoridad de control dispuso teniendo en cuenta la “suficiente cotización bursátil” de las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. y los compromisos asumidos por el accionista mayoritario referido, tener al aporte de tales títulos como suficiente para regularizar la situación del capital de Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A., bien que en forma excepcional hasta el 30 de octubre de 1998, (d) Habida cuenta que los estados contables cerrados el 30 de septiembre de 1998 proyectaron una situación análoga a la que se había producido en los que habían cerrado el 30 de junio de 1998, Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. se presentó ante la Superintendencia de Seguros de la Nación solicitando, como medidas de excepción, lo siguiente: 1) que las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. que se habían integrado como aporte al capital de la aseguradora se siguieran contabilizando según su valor de cotización del 30 de junio de 1998 (\$ 1,08757 por acción) y no al menor con que dichos títulos habían cotizado bursátilmente el 30 de septiembre de 1998; 2) que se le permitiera continuar con la dispensa admitida para el balance del 30 de junio de 1998 en cuanto a que para el cómputo del capital mínimo exigible, se le siguiera permitiendo invocar las citadas 10.490.000 acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A., aun cuando ello estuviera en exceso de la tenencia máxima normativamente acordada; 3) que se otorgase idéntico tratamiento para los futuros estados contables a cerrar el 31 de diciembre de 1998 y el 1 de abril de 1999. Cabe observar que en la nota respectiva, con relación a la primera petición, la aseguradora destacó que “...a los efectos de coadyuvar a lo solicitado, Solfina S.A., sociedad controlante de Comercial del Plata S.A., se encuentra dispuesta a brindar las garantías que esa Superintendencia estime necesarias para asegurar la recompra al valor indicado (\$ 1,08757 por acción) evitando así el riesgo de fluctuación del valor de la acción de Sociedad Comercial del Plata S.A. por debajo del valor antes indicado...”. (e) La Superintendencia de Seguros de la Nación accedió a cuanto había sido solicitado por la aseguradora, pero lo hizo bajo la condición de que Solfina S.A. asumiera el compromiso irrevocable de comprar las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. aportadas al capital de la aseguradora a un valor no inferior a \$ 1,08757 por acción, debiendo ello tener lugar en algún momento entre la fecha en que se asumiera el compromiso y el 1 de abril de 1999, (f) A fin de cumplir con la condición precedentemente citada, se celebró el 12 de enero de 1999 entre el Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. y Solfina S.A. un “Contrato de Opción de Venta”. En virtud de ese contrato y declarándose que la aseguradora era propietaria de 36.456.000 de acciones ordinarias representativas del capital de Sociedad Comercial del Plata S.A., de valor nominal \$ 10 cada una, la firma Solfina S.A. asumió el “...compromiso irrevocable e incondicional de comprar las acciones a un precio de US\$ 1,08757 por acción (...) si recibe de la Compañía la notificación de ejercicio de la opción...”; estableciéndose que “...Dicha notificación de ejercicio de la opción deberá ser remitida por la Compañía a Solfina con una anticipación no menor a diez (10) días corridos respecto de la Fecha de Ejercicio...”. El mismo 12 de enero de 1999, por instrumento separado, la aseguradora comunicó a Solfina S.A. que “...ejercerá la opción de venta el 1 de abril de 1999 y transferirá 36.456.000 acciones de

Sociedad Comercial del Plata S.A. a la cuenta de Solfina simultáneamente con la recepción de U\$S 39.648.451,92...”, (g) Con lo anterior, la Superintendencia de Seguros de la Nación dio por cumplida la condición que había impuesto, declarándose por ello, el 14 de enero de 1999, que la aseguradora acreditaba haber cumplido con el capital mínimo requerido por la normativa vigente, (h) El 30 de marzo de 1999 la aseguradora requirió a la Superintendencia de Seguros de la Nación la prórroga por un año del *status quo* de excepción que, hasta esa fecha, había sido consentido por el organismo de control en cuanto a la regularización del capital mínimo exigido por el artículo 30 de la ley 20.091. Como respuesta al pedido, la Superintendencia preanunció que solamente concedería la prórroga por el plazo menor de 180 días condicionándola, además, a que el compromiso irrevocable de compra contenido en el “Contrato de Opción de Venta” del 12 de enero de 1999 fuera a su vez prorrogado por las partes hasta el 1 de octubre de 1999. En ese estado de cosas, y sin que llegara a otorgarse la prórroga del “Contrato de Opción de Venta” ni, consiguientemente, conceder la autoridad de control prórroga alguna del referido *status quo* de excepción, el Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. resolvió en asamblea extraordinaria de accionistas su disolución anticipada en los términos del artículo 50 de la ley 20.091 y requirió a la Superintendencia de Seguros de la Nación la revocación de la autorización para operar que recibiera. (i) Fue con base en los antecedentes fácticos reseñados que promovieron la presente demanda las delegadas liquidadoras de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en representación de Italo Argentina de Seguros Generales S.A., para obtener la reparación del daño que a esta última le causó Solfina S.A. En efecto, por cuanto aquí interesa, en el escrito de inicio sostuvieron que la demandada Solfina S.A. fue “controlante” de Italo Argentina de Seguros Generales S.A. —por haber adquirido la tenencia accionaria de Bristol Group Holding 6 y pasar a ser, consiguientemente, su accionista mayoritaria— en cuyo capital constaban como aportes las referidas acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. Y que habiendo asumido Solfina S.A. mediante el “Contrato de Opción de Venta” del 12 de enero de 1999 el compromiso irrevocable e incondicional de compra de tales acciones a fin de reconstituir debidamente el capital mínimo de su controlada tal como lo exigiera la Superintendencia de Seguros de la Nación, abusó de su calidad de controlante al no instar la concreción de la referida operación, lo que perjudicó la solvencia de la aseguradora dependiente en la medida que el ingreso de dinero efectivo en reemplazo de las acciones resultaba de vital importancia para que hiciera frente a sus pasivos, máxime cuando el déficit de capital al 30 de septiembre de 1998 superaba el 574%. Destacaron, por lo demás, el carácter de “controlante” que Solfina S.A. también tenía respecto de Sociedad Comercial del Plata S.A., y arguyeron que la conducta abstinentes de Solfina S.A. no podía sino calificarse como dolosa. La demanda se fundó en lo previsto por el artículo 173 de la ley 24.522. (j) La sentencia de primera instancia concluyó que asistía razón a la demanda en su imputación de responsabilidad respecto de Solfina S.A. correspondiendo, por ende, su condena; lo que fue confirmado por la mayoría de la sala D, de la Cám. Nac. Comercial. Entre los muchos argumentos que da la mayoría de la sala D, de la Cámara de Comercio para condenar a la controlante, se puede leer que: “(...) Así pues, lo que evidencian los hechos precedentemente considerados es la presencia de una voluntad de la controlante Solfina S.A. de perpetuar la situación de infracapitalización material que desde hacía tiempo aquejaba a su controlada y que fuera tolerada por la autoridad de aplicación en un esquema de marcada excepcionalidad o, lo que es lo mismo decir, la presencia de una constante voluntad contraria al serio cumplimiento del deber de mantener la solvencia del patrimonio de la sociedad dependiente, dando cuenta ello de que, efectivamente, la demandada apelante incurrió en la antijuridicidad prevista por el artículo 173, segundo párrafo, de la ley 24.522, que como se dijo aprehende el caso en el que el sujeto controlante no solo toma parte en la reducción de la solvencia patrimonial de la sociedad controlada, sino también en el proceso de decisión de ella (...)”. Continuando con la argumentación de la mayoría del Tribunal, esta concluye en que la controlante conocía perfectamente la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo por cuanto: a) asumió en forma incondicionada e irrevocable el compromiso de adquisición de las acciones de Sociedad Comercial del Plata

S.A. —lo que implicaba una erogación de U\$S 39.648.451,92 según lo antes dicho— en momentos en que ya era notorio su propio desequilibrio económico y financiero según lo explicó el peritaje contable rendido en autos, sin recibir críticas; b) permitió que su controlada insistiera ante la autoridad de aplicación en la posibilidad de mantener las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. como aportes de capital, sabiendo de la difícil situación de insolvencia que aquejaba a esta última (reconocida por Sociedad Comercial del Plata S.A. al solicitar tiempo después su propio concurso preventivo), sumándole a ello la pretensión de que tales acciones fueran valoradas a una cotización que no era la real, en contraposición con lo previsto por el artículo 30.1. de la RSSN núm. 25.804/98); c) a través de su controlada impulsó todo lo anterior dentro de un tiempo próximo a la petición de disolución anticipada reglada por el artículo 50 de la ley 20.091, y de su propio concursamiento preventivo, lo que tuvo lugar en setiembre de 2000. En suma, todo indica que la controlante, sea a través del control ejercido sobre la aseguradora en las peticiones que ella hizo ante la autoridad de control, sea por actos propios, se condujo “a sabiendas” de que las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital mínimo oportunamente advertido en los términos del artículo 31 de la ley 20.091 no servirían a su controlada para superar, realmente, la infracapitalización material que padecía, sino solamente para lograr validaciones de excepción por parte de dicha autoridad de control que, en los hechos, la tolerancia de esta última siempre delimitó a períodos breves, vencidos los cuales se volvía a insistir con nuevas e ingeniosas medidas tendientes a lograr el mismo resultado engañoso (...)».

¹⁸ Pérdida del capital social y concurso, *op. cit.*, p. 1011.

¹⁹ Por ejemplo, en Alemania el artículo 15 de la ordenanza sobre la insolvencia reza: «*si una persona jurídica se torna insolvente o sobreendeudada, los miembros del órgano de representación o los liquidadores deberán, sin dilación culpable, a más tardar 3 semanas después de la aparición de la insolvencia o sobreendeudamiento, presentar una solicitud de concurso*» (cabe aclarar, no obstante, que la reforma del 2008 suspende el “sobreendeudamiento” como presupuesto material del concurso). Asimismo, se sanciona con pena privativa de la libertad de hasta 3 años o con multa a quien, violando lo dispuesto en el artículo anterior, no presente solicitud de concurso, no la presente correctamente o no la presente temporáneamente.

²⁰ RICHARD, Efraín H., Pérdida del capital social y concurso, *op. cit.*, p. 1010.

²¹ Administradores: facultades y deberes. Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

²² Para comprender el instituto de los daños punitivos ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el Derecho argentino?, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXXVIII, segunda época, número 31. Explica la autora que los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo. Persiguen, entonces, una doble finalidad: punir, sancionar (*punishment*) y disuadir, motivar para que no se vuelva a cometer la misma conducta (*deterrence*). Su procedencia exige: a) que el juez entienda que está frente a un caso en que hay que punir y, además, disuadir o desanimar acciones de este tipo, y b) que el demandado haya actuado, al menos, de mala fe; dicho de otro modo, que su conducta se caracterice por circunstancias agravantes como el capricho, la temeridad, la malicia, la negligencia o el descuido craso, la opresión, la contumacia o fraude, etc.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado
para su publicación el 20-2-2014)